

# **LAS ACCIONES PROTECTORAS<sup>1</sup>**

## **I.- DIVERSAS FORMAS DE PROTECCIÓN**

El dominio y los demás derechos reales necesitan de protección jurídica, cuando un tercero pretende vulnerarlos o efectivamente los vulnera. El ordenamiento jurídico consulta varios instrumentos de los que el titular dispone para la preservación de su derecho.

### **1.- Medidas generales de protección del dominio:**

- a) La legítima defensa: opera en el Derecho Penal, y cubre no sólo a la persona, sino también a los bienes (art. 10 N°4 del C.P.)
- b) Garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad privada. La excepción es la expropiación por causa de utilidad pública (art. 19 N° 24 C.P.R.). En el marco de esta garantía, la Constitución otorga a los afectados el recurso de protección (art. 20 C.P.R.)
- c) Los delitos contra la propiedad, cuya tipificación constituye otra forma de protección del dominio (art. 432 y ss. C.P.)

### **2.- Medidas de protección en el Derecho Privado.**

Se han configurado ciertas acciones tendientes a la protección del dominio y demás derechos reales que se denominan genéricamente “acciones protectoras”.

Un primer grupo está constituido por las acciones del dominio propiamente tales, que lo protegen en forma directa. Algunas de ellas están destinadas a eliminar perturbaciones al dominio ya consumadas: la acción reivindicatoria. Otras de estas acciones están destinadas a prevenir un daño que se teme, evitando que se consume, como las llamadas acciones posesorias (o interdictos) de obra nueva y obra ruinosas; las acciones de demarcación y cerramiento; la tercería de dominio (art.518 y ss. Código de Procedimiento Civil)

Un segundo grupo protegen el dominio en forma sólo indirecta, ya que normalmente están destinadas a otros objetivos: las acciones posesorias y la acción publiciana; la tercería de posesión. Si bien estas acciones protegen la posesión cuando el poseedor lo es como consecuencia de ser dueño, lo que generalmente ocurre, al protegerse la posesión se está protegiendo el dominio.

Todo lo anterior, en el ámbito de las acciones reales.

Pero hay acciones personales que también protegen en definitiva el dominio, cuando la perturbación a este derecho deriva de una relación contractual. Así por ejemplo, si al terminar el comodato, el comodatario no restituye la cosa al comodante, éste puede ejercitar la acción personal para lograr judicialmente la restitución; lo mismo puede acontecer en el arrendamiento; recordemos lo dicho a propósito del derecho de reclamación de la cosa fructuaria de que goza el nudo propietario. El camino podrá resultar más expedito para el

---

<sup>1</sup> Fecha de la última modificación: 25 de febrero de 2013.

demandante, pues la prueba del contrato puede ser menos dificultosa para el perjudicado que la prueba de dominio, necesaria para reivindicar.

## **II LA ACCION REIVINDICATORIA**

### **1.- Concepto**

De conformidad al art. 889 del Código Civil, *“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”*

### **2.- Condiciones o requisitos para entablarla**

#### **a) Que se trate de una cosa susceptible de reivindicarse**

La cosa debe ser singular. Como ha dicho la Jurisprudencia, es condición esencial para que pueda prosperar la acción reivindicatoria que se determine y especifique de tal manera la cosa singular que se reivindica, que no pueda caber duda en su individualización, a fin de que la discusión de las partes pueda recaer sobre una cosa concreta y que los Tribunales resuelvan el litigio con pleno conocimiento de los hechos. No pueden reivindicarse las universalidades.

El art. 890 del Código Civil establece que pueden reivindicarse las cosas corporales, sean raíces o muebles, con la excepción contemplada en el inc. 2º: aquellas cosas muebles compradas en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas de la misma clase. En este caso, habrá que reembolsar al poseedor el valor de la cosa (incluyendo en tal valor lo que se pagó por ella y lo que se gastó en repararla y mejorarla).

También pueden reivindicarse los derechos reales que signifiquen cosas corporales singulares (891). Luego, el derecho de herencia no puede reivindicarse (y así lo excluye expresamente el art. 891, 2º) porque es una universalidad jurídica y está amparado por la acción de petición de herencia (arts. 1264, 1268, 1269 del CC).

También se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular (art. 892 del CC). La comunidad puede recaer sobre una cosa singular, en cuyo caso se habla más bien de copropiedad, pero también puede recaer sobre una universalidad jurídica, caso en el cual algunos hablan de comunidad propiamente tal. Tratándose del primer caso no cabe duda que la cuota (por ejemplo 1/5 de una cosa determina) puede reivindicarse: es el caso del art. 892 del CC. El problema reside en saber si cabe la reivindicación en el segundo caso, es decir, cuando la cosa común es una universalidad jurídica (por ejemplo, cuando se reivindica el tercio de una cosa que forma parte de una herencia). Aquí tiene incidencia la discusión doctrinaria referente a la naturaleza jurídica de la comunidad y concretamente el punto de si los derechos de cada comunero se comunican cuotativamente a cada uno de los objetos que la componen o por el contrario, permanecen como cuota abstracta, sin que ningún comunero pueda pretender derecho sobre cada objeto. Si seguimos la primera doctrina (romana) podrá admitirse que pueda el comunero reivindicar su cuota en una cosa singular de la comunidad; de aceptarse la segunda doctrina, en la que se tiene una cuota ideal, la conclusión ha de ser negativa. Cabe señalar que el art. 1268 del CC, regulando la acción de petición de herencia, concede también al heredero la

acción reivindicatoria para perseguir un objeto de la herencia; no afirma si que puede reivindicar una cuota del objeto.

La jurisprudencia ha emitido fallos en ambos sentidos. En todo caso, como la cuota debe ser “*determinada*”, el actor tiene que precisar a cuanto asciende.

- No pueden reivindicarse:

1° El derecho de herencia: el heredero está amparado por la acción de petición de herencia. Por ella, no se discute el dominio sino la calidad de heredero. Puesto que la acción reivindicatoria se dirige a recuperar la posesión de una cosa singular, no cabe tratándose de una universalidad jurídica como es la herencia. El heredero sí puede intentar la acción reivindicatoria para reclamar cosas singulares que están dentro de una universalidad (art. 1268 del CC).

2° Los derechos personales: sin perjuicio de que pueda reivindicarse el documento en el cual consta el crédito (por ejemplo, podría reivindicarse un pagaré).

3° Las cosas muebles compradas por su poseedor en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase (art. 890, inciso 2° y artículo 3° del CC). Por otra parte, se ha aplicado la disposición del art. 890 inciso 2° del Código Civil a establecimientos no mencionados en ella, toda vez que el texto es ejemplificativo y genérico.

4° En el pago de lo no debido hay un caso en que no puede reivindicarse. Se ha pagado una cosa que se creía deber y el supuesto acreedor la enajena. Hay acción contra el tercero adquirente, si adquirió a título gratuito o si a título oneroso y de mala fe: art. 2302 del CC. No hay acción contra el tercero de buena fe que adquirió a título oneroso (artículo 2303).

5° Tampoco hay acción reivindicatoria cuando el tercero adquirió la cosa por prescripción.

6° Cuando se ha declarado resuelto un contrato no hay lugar a la acción reivindicatoria en contra de terceros poseedores de buena fe (arts. 1490 y 1491 del CC).

7° Cuando el heredero o legatario indigno transfirió bienes hereditarios o legados a un tercero de buena fe (artículo 976 del Código Civil).

b) Que el reivindicante sea dueño de la cosa.

Art. 893 del CC: puede reivindicar el propietario, cualquiera sea su calidad (pleno o nudo, absoluto o fiduciario).

Excepcionalmente el poseedor podrá reivindicar, aunque no se pruebe dominio, ejercitando la llamada acción publiciana (art. 894), que se concede al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción; pero esta acción no se podrá ejercer ni contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

El demandante, al interponer la acción reivindicatoria, debe probar su calidad de dueño, pues al demandar reconoce en el demandado la calidad de poseedor, con lo que éste se apoya en la presunción de dominio del art. 700 del CC, que el reivindicante queda obligado a destruir. La situación se altera sin embargo, cuando reivindicada el Fisco, conforme a la presunción del art. 590 del CC.

Aparece en esta materia una importante dificultad: la prueba del domino (probatio diabólica). Para acreditarlo, tiene importancia determinar si el reivindicante lo adquirió por un modo originario o derivativo. En el primer caso le bastará probar los hechos que

constituyeron ese modo originario. Pero si adquirió por un modo derivativo, como la tradición, no basta con probar que ese modo se configuró a favor del que se pretende dueño, porque quedará la interrogante de si el antecesor, a su vez, tenía o no el dominio (recordemos que nadie puede transferir más derechos que los que tiene sobre la cosa). En definitiva, para sortear la dificultad se acude a la prescripción adquisitiva, con más seguridad la extraordinaria (recordemos que puede recurrirse también a la agregación de posesiones, aunque con sus calidades y vicios).

En lo concerniente a la acción publiciana, se ha planteado un problema muy discutido en la doctrina, consistente en determinar si para estar en condiciones de ejercitar esta acción es necesario tener cumplido el plazo para ganar por prescripción ordinaria o basta con tener sólo algún tiempo de posesión. Se ha sostenido que es necesario haber completado el plazo porque al apoderarse otro de la cosa se produce una interrupción natural de la prescripción del primero, que hace perder todo el tiempo anterior, con lo que ya no queda “*en vías de ganar por prescripción*” (Alessandri). Ahora bien, ¿por qué sería necesario deducir la acción publiciana y no derechamente la acción reivindicatoria si ya se completó el plazo de prescripción? Una respuesta posible sería porque si bien se completó el plazo, la prescripción no ha sido declarada por sentencia judicial.

Otros piensan que no es necesario el cumplimiento del plazo de prescripción: si ya está cumplido, no es necesaria la acción publiciana, pues bastaría alegar la prescripción y entablar la acción reivindicatoria, no la publiciana. Quien enteró el plazo es dueño, no poseedor. Por lo demás, así lo denotan el texto del precepto y la historia de su establecimiento, pues Andrés Bello tomó esta institución íntegramente del Derecho Romano y allí estaba establecida sin requerir el cumplimiento del plazo. Rozas adhiere a esta doctrina, agregando que la prescripción, a su juicio, opera de pleno derecho, sin necesidad de sentencia judicial. De ahí que se afirma que al completarse el plazo de la prescripción adquisitiva, se es dueño, aunque tal prescripción no se haya declarado judicialmente. Por lo demás, el artículo 894 dice que la acción no puede deducirse contra el dueño. Ahora bien, si se hubiere completado el plazo, el poseedor habría pasado a ser el dueño, de manera que no podría haber otro que también sea dueño al mismo tiempo.<sup>2</sup>

Es interesante mencionar que algunos fallos han concluido que cuando el reivindicante no ha logrado probar el dominio, pero sí ha demostrado mejor derecho que el demandado, la demanda debe ser acogida sobre el supuesto que el actor, implícitamente, ha ejercido la acción publiciana.

c) Que el reivindicante esté privado de la posesión de la cosa.

En relación con los inmuebles, surge el problema de si corresponde entablar acción reivindicatoria a un propietario que teniendo inscrito a su nombre un predio le es arrebatado materialmente. La solución debemos buscarla en el tema de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, en el que se plantea a su vez la polémica sobre el valor de la inscripción, con sus dos posiciones:

1° Considerando que la inscripción conservatoria es única y suficiente prueba de posesión (la inscripción representa el corpus y el animus), no procedería hablar en la hipótesis planteada de pérdida de la posesión, por lo que no competiría al perjudicado la

---

<sup>2</sup> Rozas Vial, Fernando, “*Los Bienes*”, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2007, cuarta edición, p. 367.

acción reivindicatoria. Tal afirmación es consecuencia de atribuir a la posesión inscrita un valor absoluto y excluyente. El dueño entonces, debería entablar la acción de precario (2195, 2°) y la querrela de usurpación.

2° Pero puede también sostenerse que no obstante tener posesión inscrita, al privarse al dueño de la tenencia material se le ha privado de una parte integrante de la posesión, su fase material, y podría el dueño en el caso planteado, reivindicar, al no ser íntegramente poseedor. Hay fallos que así lo han resuelto (y tendría también acción posesoria, de amparo o restitución, según veremos).

Determinar si se aplica la primera o la segunda doctrina tiene importancia para el propio demandado, en cuanto a la posibilidad que pueda reclamar las prestaciones mutuas reguladas en los artículos 904 y siguientes: si se trata de un poseedor, podrá reclamarlas, pero si se trata sólo de un mero tenedor, no podrá invocar las normas que lo favorecen, para los efectos de retener frutos y exigir el reembolso de mejoras.

### **3.- Contra quien se puede reivindicar**

La regla general es que la acción se entable contra el actual poseedor: art. 895.

Para el reivindicante tiene importancia determinar quien es el poseedor porque debe litigar contra legítimo contradictor, debiendo considerarse en este punto el efecto relativo de las sentencias. Si en la práctica se presentan dudas acerca de la identidad del actual poseedor, la ley establece medidas de resguardo en favor del reivindicante: art. 896 (obligación de hablar que pesa sobre el mero tenedor: declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa); art. 897, respecto de aquél que de mala fe se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo (dicho poseedor ficto estará obligado a la indemnización de todo perjuicios causado al reivindicador a consecuencia de este engaño).

Puede ocurrir que el poseedor haya fallecido, dejando varios herederos. La acción reivindicatoria tiene por objeto no sólo la entrega de la cosa, sino también el pago de otras indemnizaciones como deterioros, devolución de los frutos o de su valor, etc. El art. 899 resuelve este caso: mientras la acción para obtener la entrega de la cosa es indivisible (no es posible cumplirla por partes), la de indemnizar es perfectamente divisible (en relación a lo anterior, arts. 1526 N°2, art. 1354), el pago de las deudas hereditarias se efectúa a prorrata por los herederos.

- Casos en que la acción reivindicatoria no se dirige contra el actual poseedor:

a) Se puede dirigir contra el que dejó de poseer, ya de buena fe (artículo 898), ya de mala fe (artículo 900).

a.1) De buena fe: cabe la acción en su contra, siempre que a consecuencia de la enajenación, se haya hecho imposible o difícil la persecución de la cosa (por ejemplo, artículo 2231, en el contrato de depósito). En este caso, no se persigue la cosa, sino que el dueño exige para sí el precio que recibió el poseedor al enajenarla, y si éste enajenó de mala fe (aunque inicialmente adquirió de buena fe, al enajenar lo hizo a sabiendas de ser ajena la cosa), para que se le pague la indemnización de todo perjuicio. El reivindicador, al aceptar el precio, confirma la enajenación, ratifica un acto que le era inoponible (caso de voluntad presunta). Se produce aquí una figura de subrogación real (la cosa se reemplaza por el precio).

a.2) El poseedor estaba de mala fe: se trata de la “*reivindicatoria ficta*”, que se dirige contra aquél que desde un comienzo poseía de mala fe y por hecho o culpa suya, ha dejado de poseer. Aquí, el demandado además del pago del precio y de indemnizar todo perjuicio, responderá por los frutos, deterioros y expensas de acuerdo a las reglas del poseedor de mala fe vencido, en las prestaciones mutuas. Cabe consignar que el inciso final del art. 900 dispone que la obligación de saneamiento a que tiene derecho el comprador que ha sido privado de la cosa, no pesa sobre el reivindicante, sino que recae sobre el poseedor de mala fe que dejó de poseer.

En doctrina, se ha discutido si en los casos de los arts. 898 y 900 puede hablarse de acción reivindicatoria. Algunos sostienen que se trata sólo de acciones personales, porque no se pretende reivindicar una cosa, sino obtener el pago de una suma de dinero.

b) Se puede dirigir también contra el mero tenedor, que retenga la cosa indebidamente: art. 915.

El alcance de este artículo ha motivado discusiones.

En primer lugar, ha surgido controversia en su calificación. Por una parte, se le ha estimado simplemente como la acción reivindicatoria que, excepcionalmente, se permite contra el mero tenedor; otros, la han considerado como una acción distinta, como puramente restitutoria contra el mero tenedor. Pero más importancia tiene precisar el alcance de la acción. Podría estimarse que se trata de una acción que corresponde al que entregó la mera tenencia de una cosa a otro, por un contrato (comodato, arriendo, etc.) y que al terminar la vigencia de esa relación, el tenedor se niega a restituir. Se tendría entonces la acción reivindicatoria, además de la acción personal que surge del contrato. Con este alcance, sería dudoso que pudiera intentarla el adquirente del dueño (por ejemplo, el tercero que compra la cosa al comodante o al arrendador), por cuanto él no contrató con el tenedor (salvo la posibilidad de cesión del contrato) y en todo caso, tampoco podría intentarse contra el que detenta la cosa sin una relación jurídica inicial; es decir, contra el que desde un comienzo, detenta sin justificación jurídica.

Una segunda alternativa es la de entenderla precisamente como la situación inversa: aplicable sólo a aquellos tenedores que no tienen, y nunca tuvieron un título que justifique la detentación: los “*injustos detentadores*”. Pero también puede estimarse aplicable a ambas situaciones: al “*detentador injusto*” desde un comienzo o al que haya empezado a detentar con título que luego quedó sin justificación (porque fue declarado nulo, resuelto, etc). Ambos serían, al tiempo de la demanda, “*injustos detentadores*”.

La jurisprudencia ha aplicado la regla a ambas categorías de tenedores.

En la doctrina se ha insinuado la conveniencia de consagrar una acción general restitutoria para aquellos casos en los que no es posible entablar acción reivindicatoria, acciones posesorias o acciones personales de restitución emanadas de un contrato, sea porque el demandado no es poseedor (lo que por regla general excluye la acción reivindicatoria), sea porque ha pasado más de un año o incluso seis meses (lo que excluye las acciones posesorias), sea porque fue otro el contratante o simplemente no hubo contrato alguno. La necesidad se torna imperiosa, si recordamos que el mero tenedor puede alegar prescripción, amparándose en el art. 2510, regla tercera.

Para llenar este vacío se ha acudido frecuentemente a la acción de precario, contemplada, en el art. 2195.

Para Peñailillo, parece más adecuado fundar tal acción general restitutoria en el art. 915, confiriendo a este precepto un sentido extensivo, es decir, haciéndolo aplicable a todo

tenedor que a la época de la demanda, no pueda justificar aceptablemente su insistencia en mantener la cosa en su poder.

- Actitudes que puede asumir el demandado de reivindicación y que suponen debate:

- a) Sostener que el demandante no es dueño (simplemente negarlo, o agregar que lo es cierto tercero).
- b) Que no es (el demandado) poseedor de la cosa (con la salvedad del art. 915, en virtud del cual el actor puede ejercitar la acción en contra del injusto detentador).
- c) Alegar que él (el demandado), es el dueño.

#### **4.- Extinción de la acción reivindicatoria por prescripción.**

Se desprende del artículo 2517, que la acción reivindicatoria no se extingue por la prescripción extintiva, por no ejercitar la acción en determinado plazo, sino que se extingue como consecuencia de haberse perdido el dominio. En otras palabras, se extingue por la prescripción adquisitiva que corre en favor de otro. Por ello, si el dueño ve que un tercero empieza a poseer el bien de su dominio, puede reivindicarlo, pero antes que aquél poseedor se lo gane por prescripción adquisitiva.

#### **5.- Medidas precautorias**

La acción reivindicatoria se tramita en juicio ordinario. En el intertanto el demandado está muy protegido, ya que goza de la presunción de ser dueño de la cosa (art. 700). Por lo demás, el art. 902, inciso 1º, expresamente dispone que seguirá gozando del bien reivindicado, hasta que quede ejecutoriada la sentencia definitiva. El poseedor podría enajenarlo en consecuencia, burlando las expectativas del reivindicante. De ahí que los artículos 901 y 902 autorizan al último para solicitar ciertas medidas precautorias con el objeto de asegurar los resultados del juicio. Si la cosa es mueble, puede pedirse el secuestro, es decir, el depósito hecho por orden judicial en manos de un tercero. Si la cosa es inmueble puede solicitarse prohibición de celebrar actos o contratos, medidas para evitar el deterioro de la cosa, nombramiento de interventor, etc. (las últimas también para cosas muebles).

#### **6.- Prestaciones mutuas**

a) Concepto: consisten en las devoluciones e indemnizaciones que recíprocamente se deben el reivindicante y el poseedor, cuando éste es vencido en el juicio reivindicatorio. Las prestaciones mutuas constituyen reglas generales, aplicables también en otras situaciones en que deben efectuarse restituciones, como en la acción de petición de herencia (art. 1266); la acción de nulidad (art. 1687) y la acción resolutoria (artículo 1487). Las prestaciones mutuas están reguladas en los artículos 904 y ss.

Operan como una manifestación del principio de la reparación del enriquecimiento sin causa.

b) Obligaciones que tiene el poseedor vencido para con el reivindicante

b.1) Restitución de la cosa : arts. 904 y 905.

El art. 904 establece que debe hacerse en el plazo que el juez señale. Se trata de un caso excepcional de plazo judicial (art. 1494, inciso 2°).

b.2) Indemnización de los deterioros que hubiere causado en la cosa: art. 906. Debemos distinguir entre poseedor vencido de mala fe o de buena fe, la que se considerará en el momento en que se produjeron los deterioros (aplicando el art. 913 por analogía); debemos tener presente además que después de la contestación de la demanda el poseedor de buena fe es considerado de mala fe, porque ya sabe que su situación es discutible:

- Poseedor de mala fe: responde por los deterioros que por su hecho o culpa sufrió la cosa (a contrario sensu, no será responsable de los deterioros ocasionados por caso fortuito o fuerza mayor);
- Poseedor de buena fe: sólo responde de los deterioros cuando se aprovechó de los mismos (por ejemplo, taló los bosques y vendió la madera de un predio que después debió restituir).

b.3) Restitución de los frutos: artículos 907 y 913. También distinguimos, según se trate del poseedor de buena o mala fe:

- Poseedor de mala fe: restituye los frutos naturales y civiles de la cosa, incluso aquellos que pudo percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían al momento de la percepción.
- Poseedor de buena fe: no está obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda. Por los percibidos después responde como el poseedor de mala fe.

La buena o mala fe se refiere al tiempo de la percepción (artículo 913).

b.4) Indemnización de los gastos de custodia y conservación de la cosa durante el juicio reivindicatorio.

De conformidad al artículo 904, esta obligación de indemnizar sólo pesa sobre el poseedor de mala fe.

c) Obligaciones que tiene el reivindicante para con el poseedor vencido.

c.1) Indemnización de los gastos ordinarios invertidos en la producción de frutos.

Sólo se indemnizan los gastos ordinarios, no aquellos extraordinarios.

Tanto el poseedor de mala fe como el de buena fe, tiene derecho al pago de estos gastos (artículo 907, último inciso).

c.2) Indemnización por las mejoras introducidas en la cosa.

Se entiende por mejora, toda obra ejecutada para la conservación de la cosa, para aumentar su valor o para fines de ornato o de recreo. Se distinguen entonces tres clases de mejoras: necesarias, útiles y voluptuarias.



El artículo 908 se refiere a las mejoras necesarias. Los artículos 909, 910, 912 y 913 a las mejoras útiles. El artículo 911 a las mejoras voluptuarias.

Para el pago de las mejoras, se atenderá a dos factores: la buena o mala fe del poseedor vencido y la calidad de las mejoras:

- En cuanto a las mejoras necesarias, prevalece la calidad de las mejoras sobre la buena o mala fe del poseedor. Siempre el reivindicante debe abonar al poseedor vencido estas mejoras, con las salvedades que indicaremos seguidamente. Las mejoras necesarias pueden ser de dos clases: obras materiales (artículo 908, inciso 2º, como por ejemplo levantar una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto); y obras inmateriales (artículo 908, inciso 3º, como por ejemplo la defensa judicial de la finca). Para abonarlas al poseedor vencido, el Código distingue:
  - i) Tratándose de las obras materiales: se abonarán al poseedor dichas expensas, siempre que hayan sido realmente necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución. Esto significa que el poseedor vencido probablemente no obtendrá un reembolso completo de lo invertido, pues sus obras, con el tiempo, valdrán menos que al tiempo en que fueron hechas.
  - ii) Tratándose de las obras inmateriales, serán abonadas al poseedor vencido siempre que se cumplan dos requisitos: 1) en cuanto ellas hayan aprovechado al reivindicador; y 2) se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía.
- En cuanto a las mejoras útiles: en este caso, debemos distinguir entre poseedor de buena o mala fe. En este caso, se atiende, para considerar al poseedor de buena o mala fe, al momento en que fueron hechas las mejoras (artículo 913):
  - 1º Poseedor de buena fe: deben reembolsársele las mejoras útiles que ejecutó, encontrándose de buena fe (artículo 909, incisos 1º y 2º). El inciso 3º del artículo 909 da al reivindicante un derecho optativo, según el cual puede elegir entre pagarle al poseedor de buena fe el valor de las mejoras útiles (considerado dicho valor el tiempo de la restitución) o bien pagarle el aumento de valor que la cosa hubiere experimentado.
  - 2º Poseedor de mala fe: no tiene derecho a que se le restituyan las mejoras útiles, pero el artículo 910 lo autoriza a llevarse los materiales que hubiere invertido en la cosa, cumpliendo con dos requisitos:
    - + que dichos materiales puedan separarse sin detrimento de la cosa reivindicada;
    - + y en la medida que el reivindicante se niegue a pagar los valores de esos materiales.El artículo 912 determina cuándo se puede efectuar esta separación de los materiales. Se deduce de esta norma que si los materiales no pueden sacarse sin detrimento de la cosa, el poseedor de mala fe pierde estas mejoras.
- En cuanto a las mejoras voluptuarias: el reivindicante no está obligado a pagarlas ni al poseedor de buena o mala fe (artículo 911). Ambos tendrán si derecho de llevarse los materiales, siempre que el reivindicante no se allane a pagarles el valor de dichos materiales.

d) Derecho de retención del poseedor vencido.

El poseedor tiene un derecho legal de retención, mientras el reivindicante no pague o asegure el pago a su satisfacción (artículo 914).

### **III DE LAS ACCIONES POSESORIAS**

#### **1.- Generalidades.**

El Código Civil regula estas acciones en los arts. 916 a 950.

a) Definición.

Conforme al artículo 916, son aquellas que *“tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos”*

b) Características.

b.1) Son acciones inmuebles (artículos 916 y 580).

b.2) Son acciones reales: se ha discutido este carácter, partiendo del supuesto que la posesión es un hecho para la mayoría de las doctrinas, mientras que el artículo 577 dispone que las acciones reales nacen de los derechos reales. Sin embargo, se afirma que deben incluirse entre las acciones reales, porque pueden ejercerse sin respecto a determinadas personas y en contra de cualquiera persona que turbe o arrebate la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (art 927,1°).

b.3) En el ámbito procesal, su ejercicio generalmente deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes (arts. 563 y 576 del Código de Procedimiento Civil). En el caso de la querrela de restablecimiento (cuyo carácter de acción posesoria se discute) quedan a salvo incluso las acciones posesorias comunes (artículos 928 del Código Civil y 564 del Código de Procedimiento Civil).

c) Diferencias con la acción reivindicatoria.

c.1) La acción reivindicatoria ampara el dominio, o sea un derecho; las acciones posesorias amparan la posesión, o sea un hecho.

c.2) El titular para ejercitar la acción reivindicatoria es el dueño y excepcionalmente el poseedor regular cuando está en vías de ganar la cosa por prescripción (acción publiciana). Las acciones posesorias pueden ejercitarlas el poseedor y aún el mero tenedor en la querrela de restablecimiento.

El derecho real de herencia no puede ampararse por acción posesoria, desde el momento que es una universalidad jurídica, pero nada impide que se pueda amparar un inmueble determinado de la sucesión.

El art. 922 consagra la acción en favor del usufructuario, el usuario y el habitador, quienes si bien son menos tenedores de la cosa, son poseedores de sus respectivos derechos.

Por otra parte, se dice que entre comuneros no puede entablarse acción posesoria, puesto que entre ellos, en opinión de parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia, no corre prescripción.

Respecto de los bienes nacionales de uso público, como no pueden ganarse por prescripción, ni siquiera pueden poseerse, se ha concluido que no procede acción posesoria. Pero, a su vez, si un particular adquiere un derecho de uso y goce sobre ellos, de parte de la autoridad, puede proteger ese derecho (para algunos real) con la correspondiente acción posesoria (teoría de los derechos reales administrativos).

d) Debe intentarse dentro de cierto plazo.

Así como se exige un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla; al cumplirse el año, se extingue la acción: art. 920.

En cuanto al cómputo del plazo, distingue la ley entre las acciones tendientes a conservar y aquellas cuya finalidad es recuperar la posesión. Las primeras prescriben al cabo de un año contado desde el acto de molestia o embarazo; las segundas al cabo de un año contado desde que el poseedor anterior ha perdido la posesión. En caso de nueva posesión violenta, el año se cuenta desde el último acto de violencia; en caso de posesión clandestina, desde que ésta cesa. La prescripción de las acciones posesorias, por ser plazo especial, no se suspende (2524), en favor de las personas indicadas en el art. 2509.

e) Prueba de la posesión.

Quien entabla una acción posesoria, fundamentalmente debe probar:

- e.1) Que es poseedor tranquilo y no interrumpido por un año a lo menos; y
- e.2) Que se le ha arrebatado o turbado la posesión.

e.1) Prueba de la posesión tranquila y no interrumpida, por un año al menos: los artículos 924 y 925, de contenido aparentemente contrapuesto, entran en juego: mientras el art. 924 dispone que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, el art. 925 establece que la posesión del suelo se prueba por hechos posesorios positivos.

La doctrina ha interpretado de manera diversa estos preceptos. Para algunos autores, el art. 924 es aplicable a la prueba de la posesión de todos los derechos reales, con excepción del dominio. Este último, más fácil de ejercitarse mediante actos materiales, (al punto que en la terminología del Código se confunde el derecho con la cosa misma) debe probarse en la forma indicada en el art. 925 (artículos como el 700, 715, 916, mostrarían esa diferencia entre el dominio y los demás derechos reales). Así, por ejemplo, el art. 916, al definir las acciones posesorias distingue claramente entre el dominio y los demás derechos reales constituidos sobre inmuebles. Al hablar del dominio, el legislador lo identifica con el bien raíz. Luego, esta identificación se aplica a la prueba de la posesión (del dominio), y se aplicará el art. 925, esté o no inscrito el inmueble. Con esta posición, la doctrina que la sustenta demuestra también no asignar a la inscripción conservatoria un valor tan absoluto. Proponen esta teoría Ruperto Bahamondes, Juan Esteban Montero, etc.

Para otros, que rechazan aquella confusión entre el derecho y la cosa (con preceptos como los arts. 686 y 687, en los que quedaría claro que siempre lo que se inscribe son derechos, sean el dominio u otro derecho real, nunca los bienes mismos) y que asignan un valor categórico a la inscripción como símbolo de la posesión, el art. 924 se refiere a la prueba de los derechos inscritos y el art. 925 a los no inscritos (los arts. 686, 724, 728, 729, apoyarían la solución) Se objeta la primera teoría, señalándose que no es tan preciso que el legislador identifique el derecho real de dominio con la cosa sobre la cual recae. Además, el art. 924 no ha excluido el dominio expresamente, pudiendo quedar comprendido en la frase “*los derechos inscritos*”. Sin embargo, se atenúa el rigor de esta doctrina con respecto al art. 925, admitiendo también la prueba de hechos posesorios en ciertos casos:

- Cuando el poseedor inscrito tiene menos de un año de inscripción, la posesión material le servirá de prueba;
- Cuando hay dos inscripciones paralelas, se prefiere al que está en posesión material;
- Cuando los deslindes indicados en la inscripción no son exactos, y hay discusión respecto a ellos, se prefiere al que está en posesión material.
- Cuando ninguno tiene inscrito el predio.

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por la segunda doctrina.

e.2) Prueba de la turbación o privación de la posesión: quien interponga la acción posesoria, deberá acreditar estos hechos y cuándo acaecieron, para dejar en claro si se interpuso en tiempo oportuno.

## 2.- Las acciones posesorias en particular

Las acciones posesorias son:

- a) Querrella de amparo.
- b) Querrella de restitución.
- c) Querrella de restablecimiento.
- d) Acciones posesorias especiales:
  - d.1) Denuncia de obra nueva
  - d.2) Denuncia de obra ruinosa

a) Querrella de amparo.

a.1) Concepto.

Es la que tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.

a.2) Objetivos que persigue: están indicados en el art. 921:

- Que no se turbe o embarace la posesión. Turbación, embarazo o molestia causada a la posesión, es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe, que sin despojar a otro de su posesión, entraña o supone disputar o cuestionar el derecho que pretende tener el poseedor, de ejercerla. La acción puede intentarse tanto cuando se ha tratado de turbar la posesión, como cuando en el hecho ya se ha turbado (artículo 551 número 2 del Código de Procedimiento Civil). Se ha resuelto

también que la turbación puede ser de hecho o de derecho. La acción puede dirigirse también en contra del propietario porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

- Que se indemnicen los daños que con los actos de perturbación se hubieren causado; y
- Que se de garantías contra el daño que fundadamente se teme.

a.3) Procedimiento: se rige por los artículos 549 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

a.4) Prescripción: la acción prescribe en un año, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido al poseedor (artículo 920).

b) Querella de restitución.

b.1) Concepto.

Es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos sobre ellos (art. 926 del Código Civil y artículo 549 del Código de Procedimiento Civil).

b.2) Objetivos: el querellante persigue dos objetivos (artículo 926 del Código Civil):

- Que se le restituya la posesión de la que injustamente fue privado; y
- Que se le indemnicen los perjuicios.

b.3) Sujetos pasivos de la acción.

Previéndose la posibilidad de traspasos, se permite dirigir la acción contra todo el que derive su posesión del que efectuó el despojo (artículo 927 del Código Civil); el despojo puede ser total o parcial; y carece de importancia si el autor tiene o no ánimo de entrar en la posesión.

En cuanto a la situación del poseedor inscrito que es despojado materialmente de su finca, debemos tener presente el análisis efectuado en relación a la acción reivindicatoria; la dificultad consiste en determinar si se ha perdido o no la posesión. La respuesta dependerá, en última instancia, de la concepción que se tenga de la inscripción conservatoria. Si se concibe la inscripción como símbolo de posesión, en términos absolutos y excluyentes, se puede concluir que no hay privación y ni siquiera turbación. Entonces el afectado debería recurrir a la querella de restablecimiento, si el despojo fue violento y actúa dentro de los 6 meses; a una acción de precario (artículo 2195 del Código Civil); a la querella de usurpación, etc. Sólo habría turbación si alguien pretende inscribir a su nombre el mismo inmueble, y privación de posesión si efectivamente inscribe.

En cambio, si se concibe la inscripción sólo como garantía de la posesión, entendiéndose siempre la última como la tenencia con ánimo de señor y dueño, en el caso propuesto habría sin duda turbación de la posesión, lo que daría fundamento a la querella de amparo.

A su vez, como unos mismos hechos pueden constituir turbación de posesión en un sector del inmueble y despojo en otro sector del mismo, pueden interponerse simultáneamente las querellas de amparo y restitución, según lo ha resuelto la

jurisprudencia (aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil); si no está claro que los hechos constituyen turbación o privación de la posesión, puede plantearse una en subsidio de la otra. Para algunos autores tal podría ser la actitud del poseedor inscrito que se le priva de la posesión material pudiendo intentar acción de restitución y en subsidio, de amparo.

b.4) Prescripción: la acción prescribe en un año, contado desde que el poseedor anterior perdió la posesión (artículo 920).

c) Querrela de restablecimiento.

c.1) Concepto.

Es la que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que le sea restituido, en el estado existente antes del acto de violencia (artículos 928 del Código Civil y 549 del Código de Procedimiento Civil).

Esta acción, denominada también “*querrela de despojo violento*”, tiende a evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos.

Se dice que esta no es una acción posesoria propiamente tal, porque también puede ejercitarla el mero tenedor.

No es necesario entonces probar posesión; basta acreditar el despojo. Tampoco es necesario que el actor carezca de acción posesoria de amparo o restitución, como pareciera sugerirlo el tenor literal del art. 928.

c.2) Objetivos: están indicados en el artículo 928:

- Recuperar la cosa de la que fue violentamente despojado;
- Resarcimiento de los daños que se le ocasionaron.

c.3) Prescripción.

Esta acción prescribe en seis meses, contados desde el acto de despojo (artículo 928), plazo que no se suspende (conforme al art. 2524)

d) Acciones posesorias especiales.

d.1) Reglas comunes:

1° La jurisprudencia ha resuelto que no es aplicable a estas acciones especiales el art. 918, que exige un año completo de posesión tranquila, en atención a que está comprometido el interés público.

2° El art. 946 contempla el caso en que haya pluralidad de querellados o de querellantes

Cuando hay pluralidad de sujetos activos, también distinguimos dos situaciones:

- Cada uno podrá pedir la prohibición, destrucción o enmienda de la cosa;
- Cada uno podrá pedir indemnización, pero sólo por el daño que haya sufrido.

3° Estas acciones no tendrán lugar contra el ejercicio de una servidumbre legítimamente constituida: art. 947.

d.2) Denuncia de obra nueva.

Su objeto es conseguir que se prohíba toda obra nueva sobre el suelo de que se está en posesión y asimismo la que embarace el goce de una servidumbre legítimamente constituida sobre el predio sirviente: los artículos 930, 1º y 931, 1º, indican estos dos objetivos.

El art. 930, incisos 2º y 3º, alude a obras nuevas no denunciabiles.

d.3) Denuncia de obra ruinosas.

Tiene por objeto evitar que el mal estado de los edificios o construcciones entorpezca el ejercicio de la posesión.

Los art. 932 y 935 se refieren a las obras ruinosas denunciabiles

Los objetivos que se persiguen son:

- Obtener la destrucción del edificio ruinoso;
- Obtener su reparación, si ello es posible;
- Si el daño que se teme no fuere grave, obtener que el dueño rinda caución de resarcir todo perjuicio que sobrevenga por el mal estado del edificio.

Las reparaciones deben ser hechas por el querellado; pero si éste no las hace, las hará el querellante en la forma indicada en el art. 933.

El art. 934 se pone en el caso que el edificio se derrumbe:

- Si se derrumbó antes de notificarse la demanda, no hay derecho a indemnización (sanción al querellante negligente); cabe consignar que no sólo el o los vecinos colindantes con el edificio ruinoso pueden accionar, sino que cualquier persona, según lo establece por lo demás el artículo 149 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- Si se derrumbó después de notificada la demanda distinguimos:
  - 1º si se debió a caso fortuito, no habrá lugar a indemnización a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado.
  - 2º si hubo dolo o culpa, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos.

La acción para pedir la destrucción de la obra ruinosas, no prescribe mientras haya justo temor de que el edificio u obra pueda derrumbarse: art. 950

Los artículos 2323 y siguientes se refieren a la responsabilidad extracontractual por la ruina de un edificio.

d.4) Acción popular: arts. 948 a 950

La municipalidad y cualquier particular tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos que la ley concede a los dueños de heredades o edificios privados.

Si a consecuencia de haber interpuesto una acción popular, haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no será inferior a la décima parte ni superior a un tercio, de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño. Adicionalmente, si se castiga el delito o la negligencia con una pena pecuniaria, se adjudicará al actor la mitad.

d.5) Prescripción de las acciones posesorias especiales: artículo 950.

Distinguimos:

- Las que tiene por objeto indemnizar un daño, prescriben para siempre al cabo de un año completo;
- Las dirigidas a precaver un daño, no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo (por ejemplo, denuncia de obra ruinosa; o la acción que confiere el artículo 937, cuando se trata de obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso);
- La denuncia de obra nueva prescribe en un año, pero queda a salvo el derecho para entablar la acción reivindicatoria, salvo que la obra nueva se haya construido en virtud de una servidumbre legítimamente constituida.

-----\*\*\*\*\*-----